

EXPEDIENTE N.º	ÓRGANO	FECHA DE LA SESIÓN
11/2022	Pleno de la ONE	03/06/2022

Con fecha de 2 de mayo de 2022, tuvo entrada en el portal de tramitación electrónico de la ONE, la solicitud formulada por parte del Ayuntamiento de Amurrio del informe preceptivo previsto en el artículo 333.3 de la LCSP, en relación con la licitación prevista por este Ayuntamiento del “Contrato de concesión de servicios para la gestión integral de las piscinas municipales de verano de Amurrio”.

A partir de la información facilitada por el propio Ayuntamiento de Amurrio junto con dicha solicitud, así como de la que se remitió con fecha 6 de mayo de 2022 por parte del mismo solicitante a fin de dar respuesta al requerimiento formulado desde la ONE, y tomando como base los datos y documentos aportados, se formuló la propuesta de informe elevado desde la División de evaluación de los contratos de concesión al Pleno de la ONE en la sesión celebrada en la fecha arriba indicada, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 3.4 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la ONE.

Raúl Ureña Salgado, EN CALIDAD DE SECRETARIO DE ESTE ÓRGANO, CERTIFICO:

Que, tras su toma en consideración, en dicha sesión se adoptó el siguiente acuerdo:

APROBACIÓN DEL INFORME 22007 DE LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN (ONE) DEL EXPEDIENTE 11/2022 EN RELACIÓN CON LA LICITACIÓN DEL “CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DE LAS PISCINAS MUNICIPALES DE VERANO DE AMURRIO”, PROMOVIDO POR DICHO ATUNTAMIENTO

El acuerdo se adoptó por mayoría, con 4 votos a favor y 2 en contra y sin que hubiera ningún miembro ausente.

Formularon voto particular sobre las razones de su discrepancia el Representante de la

Intervención General de la Administración del Estado y el representante de la Dirección General de Patrimonio del Estado, recibidos ambos por medios electrónicos el 7 de junio y anexados, firmados, a este certificado.

Para que conste, expido el presente certificado, en el lugar y fecha indicados en la propia firma, de acuerdo a las funciones encomendadas por el artículo 6.8 de la Orden ONE y con el visto bueno de la Presidenta de la misma.

El Secretario del Pleno de la ONE,

Raúl Ureña Salgado

El Vicepresidente de la ONE

Francisco Javier García Ruiz

*(P.S. de conformidad con
artículo 3.3.a) de la Orden
HFP /1381/2021, de 9
de diciembre, de organización
y funcionamiento de la ONE)*





VOTO PARTICULAR DEL REPRESENTANTE DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN EL PLENO DE LA ONE 3 DE JUNIO DE 2022 SOBRE LA PROPUESTA DE INFORME DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO DE PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DE LAS PISCINAS MUNICIPALES DE VERANO DEL AYUNTAMIENTO DE AMURRIO. Expediente ONE 8/2022

De acuerdo con lo previsto en el artículo 6.7 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, una vez analizada la documentación puesta a disposición de la Intervención General de la Administración del Estado junto con la propuesta de Informe, y debatido este último en el Pleno celebrado el 3 de junio de 2022, el representante de la Intervención General de la Administración del Estado **emite su voto particular discrepante** para su incorporación al acuerdo y las publicaciones que se realicen del informe, en los siguientes términos:

1.- SOBRE LA INSUFICIENCIA DE LOS ANALISIS REALIZADOS

La propuesta de informe realizada parte de un conjunto de premisas que no pueden ser compartidas y que se podrían sistematizar de la siguiente forma:

a) Aspectos relacionados con los costes:

En este apartado se plantean por parte del Ayuntamiento 3 tipos de costes (respecto al beneficio industrial propuesto, se ha procedido a eliminar):

- Costes de personal: se plantea un incremento del 4 % anual para todo el periodo sin motivación alguna (lo cual se reconoce en el propio informe).
- Gastos de estructura: se incrementa en un 13 % del total de gastos en concepto de gastos estructurales, sin más referencia que la remisión al artículo 131 del RGLCAP, aplicable a los contratos de obras.
- Gastos de un seguro de responsabilidad civil: se mantiene constante en 400 €.

Sin perjuicio de que el contexto macroeconómico es complejo, no se debería admitir sin más que las partidas de gastos que representan el 99 % se incrementen en un 4 % anuales los próximos ejercicios, lo que supone un incremento de costes de un 17 % aproximadamente en el periodo 2021-2025 sin ninguna motivación justificada más que estimaciones (para un año conforme a la documentación presentada ya que el escenario lo calcula par un año solo).

b) Aspectos relacionados con los ingresos:

En el ámbito de los ingresos, en cambio, se considera en los análisis (a pesar de que se reconoce que hay prevista una subida en 2023 de un 1%) que son fijos en el tiempo, lo que es inconsistente cuando de la experiencia aportada se observa que ello no es así y



de la información de que se incrementan se deduce justo lo contrario. A ello se añade que al no añadir el Ayuntamiento el desglose de los ingresos para conocer qué parte de la evolución histórica se debe a asistencia y qué parte a incrementos/decrementos en los precios, conduce a una baja calidad de los análisis realizados, que simplemente son aceptados sin el menor juicio crítico –lo que es más llamativo a sabiendas de que hay un incremento del 1 % reconocido en el propio informe propuesto (página 13)-. Pero es más, en los diversos escenarios analizados se plantean como base el sugerido por el Ayuntamiento y sobre este pivotan las opciones. Así:

- Caso base: el propuesto por el Ayuntamiento
- Caso 1: reducción de los ingresos en un -18 %
- Caso 2: incremento de los ingresos en un 22 %
- Caso 3: incremento de los ingresos en un 5 %.

En todos los casos, los costes son fijos y crecientes.

Ninguno de los escenarios sigue una lógica de mayor probabilidad que permita conocer cuáles serían las condiciones normales de funcionamiento, sino que se busca únicamente un escenario en el que (a) todos los años el resultado sea negativo, (b) todos los años en el que es positivo y, finalmente, (c) el que considera más probable en función de la demanda de los últimos 5 años (o exactamente, pero es la referencia) en el que el resultado es positivo en un 0,8 %.

De hecho, los datos de ingresos variables respecto a la media que la propia propuesta considera razonables, serían los siguientes:

Ingresos variables en distintos casos	€	% respecto a media
Caso base	20.356,01	-4,15%
Caso 1	16.691,93	-21,40%
Caso 2	24.834,33	16,94%
Caso 3	21.373,81	0,65%
Media 15-19	21.236,75	
Dato histórico más bajo (2020-COVID)	18.234,30	-14,14%

Como se puede observar, incluso en año COVID.2020 en el que no se vendieron entradas (todo eran abonos), el porcentaje respecto a la media era mejor que el caso 1, lo que respalda la lógica de los escenarios.

c) Aspectos sobre el cálculo de márgenes:

Con todo lo expuesto anteriormente, y asumiendo sin más como se hace el incremento de costes de un 4% anual basándose en los datos de inflación, se podría considerar que es necesario actualizar los márgenes anuales en el entendido de que no puede ser lo mismo el euro de beneficio en 2022 que el euro de pérdida de 2025 ya que estaría devaluada por el incremento de los precios. Pues el cálculo no se hace así, sino que se suman los resultados de los ejercicios sin más, sin actualización alguna, lo que supone



una clara inconsistencia del análisis que hace que el dato final no sea mínimamente fiable.

Así, aplicando una mínima tasa del 5 % de actualización (teniendo en cuenta que subirían los costes un 4 %) y el incremento del 1 %, el punto muerto estaría cerca de los 20.400 €, es decir, por debajo de los ingresos del 2020. Por cierto, muy cercano al escenario propuesto por el Ayuntamiento y en el que se obtiene con todas las carencias expuestas un margen negativo global de 0,8 %.

Por todo lo anterior, no puede aceptarse que el análisis económico realizado sea mínimamente fiable como para poder aceptarlo como punto de partida para verificar si hay transferencia de riesgo operacional no mínimo o desdeñable que permita la calificación del negocio jurídico como concesional y, posteriormente analizar la sostenibilidad financiera.

Además, ha de añadirse que el presupuesto base de licitación es un 12,5 % superior al importe de adjudicación anterior, lo que implica el margen existente en este contrato que impide deducir inicialmente la existencia de pérdidas potenciales.

2.- SOBRE LAS CONCLUSIONES OBTENIDAS

Partiendo del análisis realizado en la propuesta de informe, en la página 25 se concluye que “no es desdeñable en condiciones normales de funcionamiento”. Es importante situar qué ha de entenderse como condiciones normales de funcionamiento y la relevancia del concepto, por ello, se expone a continuación determinados pronunciamientos de diversas instancias judiciales y doctrinales con base en la Directiva y la Ley nacional:

La figura del **riesgo operacional** es el elemento habilitante o transformador de un contrato de servicios en contrato de concesión de servicios como recoge en Artículo 15. De la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) al definirse como:

[...] aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Artículo 14,4 in fine LCSP



*Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en **condiciones normales de funcionamiento**, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.*

Es la **Directiva 2014/23/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión la que en primera instancia hace propia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante), entre otras en las sentencias de 10 de septiembre de 2009 (asunto Eurwasser), de 25 de marzo de 2010, (Caso Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben), de 10 de marzo de 2011 (asunto Privater) y de 10 de noviembre de 2011 (asunto Norma-A, Dekan), que van definiendo unos límites a la interpretación del riesgo de operacional de los contratos de concesión que entiende el riesgo como la asunción por el operador de la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión del servicio, más allá del riesgo inherente a un contrato público, sin que existan mecanismos de compensación por los que el poder público garantice un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas.

Jurisprudencia que confirma, además, que el riesgo puede ser limitado sin que ello desmerezca la calificación jurídica del contrato como concesión.

Estos principios jurisprudenciales **se incorporan al articulado** de la Directiva 2014/23/UE, y quedan explicitados en sus considerandos 18, 19 y 20:

(18)

Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las



*inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, **hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.***

(19)

*Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. **El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión.** Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor.*

(20)

Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes.** Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. **Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.** Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. **A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.

Como ha declarado el TJUE en la Sentencia de 11 de junio de 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, apartado 71, una concesión de servicios se caracteriza por la transferencia del derecho de explotación de un servicio determinado por un adjudicador a un concesionario, con una cierta libertad económica y quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación.



En el mismo sentido la *STJUE de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, asunto C-206/08*, fundamento 72:

*«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias *Parking Brixen*, apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio».*

En cuanto al **concepto de riesgo** que se está manejando, es relevante la *STJUE de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, asunto C-274/09*, apartados 37 y 38:

*«37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el **riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado** (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio*

*[véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, apartado 74].*

38. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios»

En el mismo punto se insiste en la *STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, asunto C-348/10*, apartados 48 y 49, cuando señala, con cita expresa de la anterior, que *«el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado».*

En relación a las resoluciones de **los Tribunales Administrativos contractuales** destaca por la claridad de sus contenidos las Resoluciones nº 47/2019 y nº 382/2019 del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, en su punto Segundo:



[...] El pago por parte del órgano contratante, como contrapartida del servicio, no altera la naturaleza de la concesión siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación. El elemento determinante es, pues, la presencia de un riesgo operacional de carácter económico. Por todo lo expuesto, el riesgo operacional supone en este caso que el concesionario no tiene asegurado un beneficio por la gestión del servicio que se traduce en la posibilidad real de que el contratista incurra en pérdidas económicas”.

[...] la aparente existencia de un riesgo operacional que asume el adjudicatario fundamentado en los ámbitos de coste salarial, precios de combustible y amortización de flota y por las razones expuestas en dicho texto. Afirmando que dichos conceptos no pueden quedar conceptuados como riesgo operacional, sino que dichos conceptos erróneamente considerados por el Órgano de Contratación como "riesgos" sólo pueden tener una catalogación cierta y única de contingencias directamente conexas e inherentes a cualquier actividad empresarial y comercial así como al riesgo y ventura necesariamente derivado de dicha actividad comercial, entendida de forma genérica; riesgo y ventura que cualquier operador asume siempre, en todo caso y por el mero hecho de la actividad comercial y empresarial que lleva a cabo.

Así como la Resolución del Tribunal de fecha 12 de enero de 2016 dictada en el recurso nº 1319/2015, C.A. Galicia 183/2015, al señalar:

“En este orden de cosas, y como bien aduce la recurrente, el criterio fundamental - aunque no el único- para distinguir entre la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios es que en el primero el concesionario asume la totalidad o una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio (artículos 1.4 de la Directiva 2004/18/CE y 277 a) y 281.1 TRLCSP, así como Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005 – asunto C-234/03-, 18 de julio de 2007 –asunto C-382/2005-, 10 de septiembre de 2009 – asunto C-206/08- y Resoluciones de este Tribunal 80/2013, 91/2013, 222/2013, 41/2014, 82/2014 y 215/2014, entre otras). Por riesgo de explotación económica debe entenderse “el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”, esto es, “el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (cfr.: Sentencia TJUE, sala Tercera, 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09)”».

En relación al tratamiento efectuado por las Juntas Consultivas, destaca el informe anterior a la vigencia de la actual normativa contractual 9/2016, de 1 de



diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya que concluye:

2. *El riesgo operacional que tienen que asumir las empresas concesionarias es un riesgo económico vinculado a la explotación y, en consecuencia, a la retribución, que puede comprender el riesgo de demanda, el riesgo de suministro o ambos, de manera que la remuneración de las empresas concesionarias debe depender del uso efectivo o de la frecuentación de la obra o el servicio. Por lo tanto, no parece que se pueda considerar que se traslada el riesgo operacional sólo con el traslado del riesgo de disponibilidad, es decir, determinando la retribución de la empresa contratista únicamente por el grado efectivo de disponibilidad de la obra o servicio objeto del contrato o por el cumplimiento de determinados estándares de calidad fijados previamente. Sin embargo, dado que el riesgo operacional se define como aquel que proviene de factores ajenos al control de las partes y de las incertidumbres del mercado, el riesgo de disponibilidad se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional, pero sólo si esta falta de disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista –por ejemplo, si fuera consecuencia del “riesgo tecnológico” asumido.*

3. *La calificación de un contrato como contrato de servicios o contrato administrativo especial se tiene que determinar según su objeto y su vinculación a la Administración o a la satisfacción de finalidades públicas.*

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe al expediente 87/18 deja muy claro que:

[...] el elemento diferenciador entre las concesiones y los contratos de servicios estriba en muchos casos en su peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo operacional en la prestación del servicio.

Del mismo modo puntualiza en su informe al Expediente 106/18

[...] 3. En la regulación del contrato de concesión de servicios observamos (Artículo 285 de la LCSP) que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien, señala la ley, en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista [...]

4. *Todo lo anterior no nos puede hacer olvidar que el elemento básico que la LCSP tiene en cuenta para calificar un contrato como concesión de servicios es que se produzca la transferencia del riesgo operacional. Por esta razón, en los casos en que una Administración subvencionara todas las posibles pérdidas en que pudiese incurrir el concesionario o una parte tan significativa de ellas que se produjese el*



efecto de que tales pérdidas sean meramente nominales o desdeñables, no se estaría asumiendo por el contratista el riesgo operacional y el contrato no sería una concesión

CONCLUSIÓN: *La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, considera posible que en el contrato de concesión de servicios la Administración contratante acuerde conceder aportaciones, ayudas o subvenciones a la explotación del servicio con el fin de garantizar su viabilidad económica, pero **ello debe hacerse en términos tales que se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario.***

Con base en lo anterior, no puede coincidirse en que el informe propuesto haya mínimamente delimitado, qué puede considerarse como condiciones normales de funcionamiento, que es el elemento clave para permitir analizar si subyace un negocio concesional o no, de forma que la conclusión no está motivada en el informe y, aun cuando se compartiera el análisis económico que ya se ha advertido que no, no queda motivada la razón por la que obtenido un beneficio en el escenario más probable y se considera que el riesgo existe y no es desdeñable o mínimo. A lo que hay que añadir el hecho de que, en informes anteriores, se ha partido de la probabilidad de ocurrencia de los escenarios antes de adoptar conclusiones, por lo que se estaría separando el Pleno de sus propias actuaciones en expedientes anteriores.

CONCLUSIÓN

Con base en los dos elementos desarrollados: insuficiencias del análisis realizado y falta de motivación de las conclusiones realizadas sobre la transferencia de riesgo operacional y por ende de la existencia de un negocio concesional, se vota en contra del informe propuesto y se solicita la inclusión de este voto en el acta y que acompañe si el informe es objeto de publicación para garantizar el principio de transparencia.

*Firmado electrónicamente.
El Director de la Oficina Nacional de Auditoría
Jorge Castejón González*



VOTO PARTICULAR DEL REPRESENTANTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL PATRIMONIO DEL ESTADO AL INFORME ONE DE 3 DE JUNIO DE 2022 RELATIVO AL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DE LAS PISCINAS MUNICIPALES DE AMURRIO.

El Representante de la Dirección General del Patrimonio del Estado emite voto particular discrepante al informe de la Oficina Nacional de Evaluación de fecha 3 de junio de 2022, relativo al contrato de concesión del servicio de gestión integral de las piscinas municipales de Amurrio, en base a las siguientes consideraciones.

Primera. La tercera de las conclusiones del informe considera acreditado que el riesgo operacional transferido al contratista no es desdeñable en condiciones normales de funcionamiento, teniendo en cuenta la estructura de ingresos, la evolución estimada en los costes de personal, y la incertidumbre en la evolución de ambos conceptos.

Segunda. Esta conclusión se sustenta fundamentalmente en la información aportada por el ayuntamiento y en el análisis que a partir de dicha información se documenta en el apartado IV del informe.

Tercera. Al objeto de analizar el comportamiento económico del proyecto concesional, en dicho apartado se describen tres escenarios, designados en el informe como "Caso 1", "Caso 2" y "Caso 3", contruidos a partir del escenario de referencia aportado por el ayuntamiento, pese a que en el propio informe se manifiestan diversas objeciones a los datos y metodología utilizados en la construcción de dicho escenario.

Cuarta. Los tres escenarios utilizados en el análisis se diferencian entre sí únicamente en la hipótesis de ingresos por venta de entradas y de abonos ("ingresos variables"), siendo el resto de importes los mismos que se recogen en el escenario aportado por el ayuntamiento.

Quinta. Dado que uno de los objetivos de dichos escenarios es el de concluir si el riesgo operacional transferido al contratista es o no desdeñable en condiciones normales de funcionamiento, un requisito esencial es que dichos escenarios representen efectivamente condiciones normales de funcionamiento bajo distintas hipótesis, compatibles con dicho requisito y justificadas y razonadas a partir de la información disponible. Sin embargo, en el informe no se aportan las razones o información que



sustentan las hipótesis de los escenarios contruidos, que se limitan a reproducir los datos del escenario aportado por el ayuntamiento excepto en lo relativo a los ingresos por venta de entradas y abonos, para los que se toman como hipótesis una variación de -18%, +5% y +22% respectivamente sobre las cifras del escenario del ayuntamiento, sin indicación alguna de los fundamentos para la elección de dichos porcentajes como representativos de condiciones reales de funcionamiento.

Sexta. El escenario denominado “Caso 1” es el más desfavorable para el contratista, y el único que de acuerdo con el informe no le permitiría recuperar costes. Sin embargo, la cifra de ingresos variables estimada para dicho escenario no parece que pueda corresponder a condiciones normales de funcionamiento, a la luz de los datos históricos disponibles, pues para todos y cada uno de los cuatro años del contrato los ingresos variables se estiman en 16.691,93 euros, cifra que es inferior en más de un 21% a la media de los cinco últimos años, en casi un 20% a la del año de menores ingresos de los cinco últimos años (en ambos casos excluyendo el año 2020, en el que a causa del Covid no se vendieron entradas), inferior en más de un 10% a los ingresos variables del año de menores ingresos de la serie histórica completa disponible (últimos doce años), e inferior incluso en más de un 8% a los ingresos del año 2020, en el que, como se ha indicado, a causa del Covid no se vendieron entradas.

Tales cifras de ingresos variables representan, por lo tanto, un escenario más desfavorable, desde el punto de vista de los ingresos, que el de un año de pandemia en el que no se vendieron entradas, así como el mantenimiento de tan extrema situación durante los cuatro años del contrato. Por ello considero que el escenario recogido como “Caso 1” no representa una situación compatible con la premisa de “condiciones normales de funcionamiento”.

Séptima. Pese a que las cifras de ingresos de dicho escenario implicarían una reducción muy significativa en la afluencia de público, y llevarían al contratista a sufrir pérdidas todos los años, no se considera que el contratista pueda adoptar medidas de reducción en los costes que compensen la reducción en los ingresos y mitiguen sus pérdidas. Por el contrario, se mantienen las mismas hipótesis de fuerte crecimiento anual de costes recogidas tanto en el escenario aportado por el ayuntamiento como en los otros dos escenarios de análisis, pese a la enorme diferencia en afluencia de público entre los Casos 1 y 3 (implícita en las respectivas cifras de ingresos variables), sin considerar reducción alguna en los costes variables como consecuencia del menor número de usuarios, y obviando el margen de actuación que todo empresario tiene para ajustar en alguna medida sus gastos ante una severa reducción de la demanda.

Octava. Dado que los escenarios denominados Caso 1”, “Caso 2” y “Caso 3”, y en particular el primero de ellos, constituyen el núcleo del soporte argumental de las



conclusiones del informe, considero que la falta de argumentación de las hipótesis tomadas para la construcción de dichos escenarios, así como la incongruencia manifiesta de las estimaciones del primero de ellos con los datos históricos de ingresos variables, priva del necesario soporte argumental a las conclusiones del informe, y en particular a la relativa a la transferencia de riesgo operacional.

CONCLUSIÓN

De las consideraciones hasta aquí expuestas se desprende que el informe sometido a votación no proporciona los fundamentos y argumentos necesarios para concluir si en el contrato sometido a informe existe o no transferencia al contratista de riesgo operacional en los términos recogidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, transferencia de riesgo que en virtud de los citados preceptos constituye un requisito esencial del contrato de concesión de servicios.

EL SUBDIRECTOR GENERAL

Fecha: 2022.06.06
20:30:20 +02'00'

Fdo.: José Luis Cueva Calabia.